

Digitale Pflegeanwendung (DiPA) als neuer Baustein einer Digitalisierung des Gesundheitswesens

Vereinbarkeit der Neuregelungen mit Art. 3 Abs. 1 GG?

Von Friederike Malorny*

Durch das Digitale-Versorgung-und-Pflege-Modernisierungs-Gesetz (DVPMSG) wurden im Juni 2021 Änderungen im Elften Sozialgesetzbuch (SGB XI) vorgenommen, in dessen Rahmen unter anderem § 40a in das SGB XI eingefügt wurde. Damit wurde das Gesundheitswesen neben den bisherigen digitalen Gesundheitsanwendungen (DiGAs) um die digitalen Pflegeanwendungen (DiPAs) erweitert. Das SGB XI gewährt dem Pflegebedürftigen¹ – unter bestimmten Voraussetzungen – nun einen Leistungsanspruch auf Versorgung mit digitalen Pflegeanwendungen. Welche Voraussetzungen das Gesetz vorsieht und inwieweit diese im Einklang mit Art. 3 Abs. 1 GG stehen, untersucht der folgende Beitrag.

I. Einführung

§ 2 Abs. 1 SGB XI regelt, dass die Leistungen der Pflegeversicherung den Pflegebedürftigen helfen sollen, trotz ihres Hilfebedarfs ein möglichst selbständiges und selbstbestimmtes Leben zu führen, das der Würde des Menschen entspricht. Ausdruck dieser Selbstbestimmung kann der Wunsch sein, so lange wie möglich in den eigenen vier Wänden zu wohnen. Bei der Realisierung eines solchen Wunsches, können digitale Elemente der Pflege eine große Rolle spielen. Im Kontext der Technisierung der Pflege wird deswegen auch von einem „Empowerment der Pflegebedürftigen“², also ihrer Emanzipation gesprochen. Gleichzeitig hat ein digitale(re)s Gesundheitswesen das Potential, eine effiziente und qualitativ gute Versorgung sicherzustellen, während die Herausforderungen an das Gesundheitswesen wachsen, vor allem angesichts steigender Zahlen an Pflegebedürftigen einerseits und sin-

* Die Autorin ist Juniorprofessorin für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Sozialrecht an der Universität Münster.

¹ Im Folgenden wird zur besseren Lesbarkeit zufällig entweder das generische Femininum, das generische Maskulinum oder die movieierte Form verwendet. Jeweils sind Personen aller Geschlechter gleichermaßen umfasst und gleichberechtigt angesprochen.

² Jan Basche, Die Zukunft der Pflege, RDG 2020, S. 66 (72).

kender Zahlen an Pflegekräften andererseits.³ Der Gesetzgeber unterstützt Modellvorhaben zur Erprobung von Telepflege daher auch mit zusätzlichen Mitteln.⁴

In diesem Zusammenhang wird im Folgenden untersucht, welche Rolle digitale Pflegeanwendungen (DiPAs) als Baustein für ein digitale(re)s Gesundheitswesen spielen. Unter welchen Voraussetzungen besteht ein Anspruch des Pflegebedürftigen auf Versorgung nach § 40a Abs. 1 SGB XI? Ist diese Neuregelung mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar?

II. Definition der digitalen Pflegeanwendung (DiPA)

Das Gesetz definiert digitale Pflegeanwendungen in § 40a Abs. 1 SGB XI. Demnach sind solche Anwendungen als DiPA einzuordnen, die wesentlich auf digitalen Technologien beruhen und von den Pflegebedürftigen oder in der Interaktion von Pflegebedürftigen, Angehörigen und zugelassenen ambulanten Pflegeeinrichtungen genutzt werden, um Beeinträchtigungen der Selbständigkeit oder der Fähigkeiten des Pflegebedürftigen zu mindern und einer Verschlimmerung der Pflegebedürftigkeit entgegenzuwirken, soweit die Anwendung nicht wegen Krankheit oder Behinderung von der Krankenversicherung oder anderen zuständigen Leistungsträgern zu leisten ist. Welche formellen und materiellen Anspruchsvoraussetzungen sich hieraus ergeben, wird nachfolgend näher beleuchtet.

III. Formelle Anspruchsvoraussetzungen

Ein Anspruch der Versicherten auf Versorgung mit einer DiPA ist nur für solche Anwendungen möglich, die nach § 40a Abs. 2 S. 1 SGB XI durch das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) in das Verzeichnis nach § 78a Abs. 3 SGB XI aufgenommen wurden. Hierbei handelt es sich – wie auch bei dem DiGA-Verzeichnis nach § 139e Abs. 1 SGB V – um eine konkretisierende Positivliste.⁵

Das Zulassungsverfahren für DiPAs gleicht in vielen Teilen dessen der DiGAs, wobei es sich gem. § 78a Abs. 5 S. 1 SGB XI ebenfalls um ein „Fast-Track-Verfahren“ handelt, in welchem der pflegerische Nutzen nachgewiesen werden muss (§ 78a

³ Michael Hüther/Susanna Kochskämper, IW Köln, Pressekonferenz, 10.09.2018, https://www.iwkoeln.de/fileadmin/user_upload/Presse/Presseveranstaltungen/2018/IW-Koeln_Pressekonferenz_Pflege_Statement_20180906.pdf [Abruf: 4.10.2023]; Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/172651/umfrage/bedarf-an-pflegekraeften-2025/> [Abruf: 4.10.2023].

⁴ Aus Mitteln des Ausgleichsfonds der Pflegeversicherung werden zehn Millionen Euro im Zeitraum von 2022 bis 2024 zur Verfügung gestellt (§ 125a S. 1 SGB XI), ausführlicher dazu Tilmann Dittrich/Carsten Dochow, Digitalisierung in ambulanter und stationärer Pflege – Telematikinfrastruktur und Telepflege (Teil 2), SRa 2022, S. 49 (54).

⁵ S. etwa Julian Braun, Digitale Pflegeanwendungen in der gesetzlichen Pflegeversorgung, NZS 2021, S. 710 (712).

Abs. 4 S. 3 Nr. 3 SGB XI). Die Entscheidung hierüber erfolgt auf Antrag des DiPA-Herstellers innerhalb von 3 Monaten durch das BfArM. Bei positivem Nutzennachweis wird die DiPA in das DiPA-Verzeichnis aufgenommen und ist erstattungsfähig.⁶

Damit die Kosten der DiPA erstattet werden können, hat der Pflegebedürftige bei der Pflegekasse einen *Antrag* auf Versorgung mit der digitalen Pflegeanwendung zu stellen, wobei § 40a Abs. 2 S. 2 SGB XI die Anforderungen nach § 33 Abs. 1 S. 1 SGB XI konkretisierend ausgestaltet.⁷

Zu einer gesonderten Prüfung durch den Leistungsträger kann es bei *digitalen Anwendungen mit Doppelfunktion* kommen, also solchen, die sowohl von § 33a SGB V als auch § 40a Abs. 1 SGB XI umfasst sind. In einem solchen Fall überprüft der adressierte Leistungsträger, ob der Anspruch gegenüber der Krankenkasse oder der Pflegekasse geltend gemacht werden kann und bewilligt abschließend entweder eine digitale Gesundheitsanwendung oder eine digitale Pflegeanwendung (§ 40a Abs. 3 S. 1 SGB XI). Eine gesonderte Prüfung ist in Fällen der Pflege aus der Ferne jedoch unwahrscheinlich, da *telemedizinische Anwendungen* zwar auch einen unwesentlichen Bestandteil einer DiGA ausmachen können, rein *telemedizinische Plattformen* hingegen nicht umfasst sind.⁸

IV. Materielle Anspruchsvoraussetzungen

Die *materiellen Anspruchsvoraussetzungen* für eine Versorgung des Pflegebedürftigen mit einer DiPA sind in § 40a SGB XI geregelt und werden im Folgenden einzeln erörtert.

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Die Eröffnung des *sachlichen Anwendungsbereichs* hat zwei Voraussetzungen: Erstens muss die Anwendung wesentlich auf digitalen Technologien beruhen und zweitens muss sie genutzt werden, um Selbständigkeit/- oder Fähigkeitsbeeinträchtigungen des Pflegebedürftigen zu mindern und einer Verschlimmerung der Pflegebedürftigkeit entgegenzuwirken.

⁶ *Tilmann Dittrich*, Digitalisierung in ambulanter und stationärer Pflege (Teil 1), SRa 2021, S. 275 (278).

⁷ Zum Verfahren über die Aufnahme einer digitalen Pflegeanwendung im DiPA-Verzeichnis sowie dem Rechtsschutz gegen Entscheidungen des BfArM s. *Braun* (Fn. 6), S. 714 ff.

⁸ Dazu etwa Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte, https://www.bfarm.de/SharedDocs/Downloads/DE/Medizinprodukte/diga_leitfaden.pdf?__blob=publicationFile [Abruf: 4. 10. 2023], S. 17.

a) Wesentliches Beruhen auf digitalen Technologien

Das Merkmal des *wesentlichen Beruhens* digitaler Pflegeanwendungen auf digitalen Technologien verdeutlicht, dass der Ausgangspunkt für die Bestimmung von DiPAs rein digitale Helfer sind, die entweder auf mobilen Endgeräten oder als browserbasierte Webanwendung angewendet werden können.⁹ Umfangreiche Hardwareausstattungen sollen laut Gesetzesbegründung gerade nicht umfasst werden, damit eine Abgrenzung zwischen digitalen Pflegeanwendungen einerseits und Pflegehilfsmitteln mit digitalen Bestandteilen andererseits möglich bleibt.¹⁰

Zugleich hebt die Gesetzesbegründung explizit hervor, dass im Einzelfall eine Überschneidung jedoch nicht ausgeschlossen ist, so wie es parallel auch bei DiGAs und Hilfsmitteln der Fall ist.¹¹ Im Ergebnis bleibt es demnach bei einer Einzelfallentscheidung, sodass digitale Anwendungen sowohl in den Bereich der digitalen Pflegeanwendungen als auch in die Pflegehilfsmittel fallen können.¹²

Wie lassen sich in diesem Kontext hardware-gestützte Telepflege-Anwendungen einordnen, mit deren Hilfe Pflegekräfte etwa die Vitalfunktionen von Pflegebedürftigen aus der Ferne überwachen? Die Anwendung selbst ist ein solcher digitaler Helfer, nutzbar auf einem mobilen Endgerät. Allerdings ist für die Vitaldatenerhebung ebenfalls der Einsatz von Hardware erforderlich, beispielsweise etwa ein digitales Blutdruckmessgerät oder ein EKG.¹³ Fraglich ist daher, ob hardware-gestützte Telepflege-Anwendungen *wesentlich* auf digitalen Technologien beruhen.

Ausgehend vom *Wortlaut* spricht dieser für eine Einordnung als digitale Pflegeanwendung: Laut Duden bedeutet *wesentlich* gerade, „den Kern einer Sache ausmachend“¹⁴. Bei hardware-gestützter Telepflege ist genau das der Fall: Ohne eine Plattform, die Pflegekräfte und Pflegebedürftige per Video miteinander verbindet und die Datenübermittlung ermöglicht, ist eine Pflege aus der Ferne unmöglich. Die digitale Anwendung ist mithin Kern der Sache. Zugleich bedeutet *wesentlich* aber gerade nicht *ausschließlich*, d.h. neben der Software kann eine digitale Pflegeanwendung *auch* Hardware wie Geräte oder Sensoren beinhalten. Zwar ist diese Hardware für die Erreichung des Zwecks der Anwendung – häusliche Pflege aus der Ferne – notwendig, besitzt aber insoweit nur eine untergeordnete Bedeutung.¹⁵

Eine solche Auslegung wird auch durch das *Telos der Norm* gestützt. Nach der Gesetzesbegründung sollen alltägliche Gebrauchsgegenstände nicht von dem Leis-

⁹ BT-Drs. 19/27652, S. 143.

¹⁰ Ebd.

¹¹ Ebd.

¹² Ebenso *Braun* (Fn. 6), S. 711: „(d)igitale Anwendungen (können) auch in beide Produktbereiche fallen“.

¹³ *MedKitDoc, Das MedKit*, <https://medkitdoc.de/unsere-plattform> [Abruf: 4. 10. 2023].

¹⁴ *Duden*, „*wesentlich*“, <https://www.duden.de/rechtschreibung/wesentlich> [Abruf: 4. 10. 2023].

¹⁵ Vgl. *Braun* (Fn. 6), S. 711.

tungsanspruch umfasst sein,¹⁶ da die Sozialversicherungsgemeinschaft gerade nicht solche Gegenstände finanzieren soll, welche „zum allgemeinen Lebensbedarf oder zu den Kosten der normalen Lebenshaltung gehören“¹⁷. Im Rahmen von Hilfs- und Pflegehilfsmittel nach § 33 SGB V und § 40 SGB XI wird unter anderem der Leitgedanke betont, dass nur Mittel *gezielter* Krankheitsbekämpfung durch die Sozialversicherung finanziert werden sollen.¹⁸

Im Gegensatz zu einfachen Fitnessarmbändern – deren Datennutzung laut Gesetzesbegründung vom Leistungsanspruch des § 40a Abs. 1 SGB XI ausgeschlossen sein soll¹⁹ – überzeugt es, die eingesetzte Hardware bei der Telepflege nicht als Gebrauchsgegenstände des täglichen Lebens anzusehen. Zwar mag die Pflege mit diesen Medizineräten für die Betroffenen Teil ihres Alltags sein, jedoch sind sie keine alltäglichen Gegenstände: Sie sind im Gegensatz zu Smartwatches und Fitnessarmbändern weder gewöhnlich noch in einem Haushalt üblich und werden auch von Produzentenseite nicht in erster Linie für die Verwendung von Gesunden hergestellt.²⁰ Ihre Funktionsfähigkeit ist gerade darauf gerichtet, verschiedene Vitalparameter der Pflegebedürftigen zu messen, um mit deren Hilfe die erforderliche Pflege gewährleisten zu können.²¹ Dies entspricht auch dem eigentlichen Sinn der Norm, den pflegerischen Nutzen zu steigern.²² Und gerade diesen Nutzen zu erbringen, ist Teil der sozialen Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit, welches primäre Aufgabe der sozialen Pflegeversicherung ist (vgl. § 1 Abs. 1, 4 SGB XI).

In anderen Worten: Die im Rahmen der digitalen Anwendung der Telepflege eingesetzte Hardware sichert den Erfolg der häuslichen Pflege und damit das Ziel eines möglichst autonomen Lebens der Pflegebedürftigen, wie es in § 2 Abs. 1 SGB XI festgelegt wird. Die Zweckbestimmung dieser Medizineräte – letztlich die Emanzipation Pflegebedürftiger²³ – liegt darin, den Bedürfnissen nach einer möglichst mi-

¹⁶ BT-Drs. 19/27652, S. 143.

¹⁷ Im Zusammenhang mit der Abgrenzung zu Pflegehilfsmitteln: BSG, BeckRS 2003, 40153 Rn. 14.

¹⁸ S. im Zusammenhang mit § 33 SGB V etwa *Stefan Nolte*, in: Anne Körner/Stephan Leitherer/Bernd Mutschler (Hrsg.), Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, 88. EL (2015), § 33 SGB V Rn. 21.

¹⁹ BT-Drs. 19/27652, S. 143.

²⁰ Im Zusammenhang mit der Abgrenzung von Gebrauchsgegenständen des täglichen Lebens zu Hilfsmitteln: BSG, BeckRS 2009, 72863 Rn. 11.

²¹ *MedKitDoc, Das MedKit*, <https://medkitdoc.de/unsere-plattform> [Abruf: 4. 10. 2023].

²² Für eine weite Auslegung mit Hilfe des Nutzens für Pflege unter Einschluss von entsprechenden Gegenständen des täglichen Lebens plädieren im Zusammenhang mit Hilfs- und Pflegehilfsmitteln: *Christian Dierks/Sebastian Retter/Julia Pirk*, Rechtsgutachten – Möglichkeiten der Kostenerstattung technischer Assistenzsysteme (AAL) für pflegebedürftige Verbraucherinnen und Verbraucher nach geltendem Recht sowie Entwicklung von konkreten Handlungsempfehlungen, 2019, https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/02/12/20200211_01340_rechtsgutachten_aal.pdf [Abruf: 4. 10. 2023], S. 8.

²³ Vgl. *Basche* (Fn. 3), S. 72.

nimalinvasiven häuslichen Pflege gerecht zu werden.²⁴ Schon die Konzeption der genannten Medizingeräte führt dazu, dass gesunde Anwender durch sie keine pflegerische Unterstützung erhalten können.²⁵ Im Ergebnis sprechen diese *teleologischen Argumente* ebenfalls dafür, hardware-gestützte Telepflege, welche zur Verwirklichung der Pflege aus der Ferne eingesetzt wird, als „wesentlich auf digitalen Technologien beruhend“ einzuordnen.

b) Nutzung gem. § 40a Abs. 1 SGB XI

Einsatz und Nutzen der Anwendung muss es zudem sein, Beeinträchtigungen der Selbständigkeit oder Fähigkeiten des Pflegebedürftigen zu mindern und einer zunehmenden Pflegebedürftigkeit entgegenzuwirken. Beide Aspekte sind Ausdruck der verfassungsrechtlich in Art. 1 Abs. 1 GG verankerten Menschenwürde, welche eine spezialgesetzliche sozialrechtliche Ausprägung in der Selbstbestimmung Pflegebedürftiger gem. § 2 Abs. 1 SGB XI gefunden hat.²⁶

Auch dieser Nutzen kann durch eine Telepflege-Anwendung zur Unterstützung der häuslichen Pflege aus der Ferne im Einzelfall generiert werden. Aus Sicht der Pflegebedürftigen können pflegerische Betreuungsmaßnahmen, die mittels digitaler Anwendung auch aus der Ferne erbracht werden können, – je nach Einzelfall – zu mehr Selbstbestimmung führen. Zudem erhalten Pflegebedürftige auch teilweise die Hoheit über ihre eigene Tagesplanung zurück, da sie nicht auf die Zeiteinteilung der Pflegekräfte angewiesen sind und Wartezeiten umgehen können, indem sie sich etwa mühsame Krankentransporte ersparen oder nicht auf die im Stau steckende oder zeitlich überlastete Pflegekraft warten müssen. Auch eine qualitative Steigerung wird durch die Telepflege ermöglicht, da Pflegekräfte in direkten Austausch z. B. mit Ärztinnen treten können, um die Medikamentengabe anzupassen und somit eine optimale Therapie zu gewährleisten. All diese Maßnahmen führen dazu, dass sowohl die Beeinträchtigungen der Selbständigkeit gemindert als auch der Verschlimmerung der Pflegebedürftigkeit entgegengewirkt werden.

2. Persönlicher Anwendungsbereich

a) Pflegebedürftige in ambulanter Pflege

Die Voraussetzungen für die Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs ergeben sich ebenfalls aus § 40a Abs. 1 SGB XI. Hiernach muss die digitale Tech-

²⁴ Vgl. im Zusammenhang mit Hilfs- und Pflegehilfsmitteln Dierks/Retter/Pirk (Fn. 23), S. 15.

²⁵ Vgl. im Zusammenhang mit der Einordnung als Hilfsmittel LSG Niedersachsen-Bremen, NZS 2020, S. 33.

²⁶ Dazu, dass sich der programmatiche Satz des § 2 SGB XI in Teilbereichen schon aus Art. 1 Abs. 1 GG ergibt, etwa Peter Udsching, in: Andreas Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 2 SGB XI Rn. 1.

nologie entweder *durch Pflegebedürftige* – also Versicherte des Pflegegrades I (§ 28a Abs. 1 Nr. 9 SGB XI) oder Versicherte mit höherem Pflegegrad (§ 28 Abs. 1 Nr. 16 SGB XI) – oder in der *Interaktion von Pflegebedürftigen, Angehörigen und zugelassenen ambulanten Pflegeeinrichtungen* genutzt werden.²⁷ Der *Wortlaut* verdeutlicht damit zweierlei: Erstens lässt sich ihm entnehmen, dass auch digitale Anwendungen umfasst sind, die überwiegend von den Pflegekräften oder den pflegenden Angehörigen eingesetzt werden und der Einsatz nicht per se durch den Pflegebedürftigen selbst stattfinden muss.²⁸ Zweitens lässt sich nicht ableiten, dass diese Pflegekraft oder der pflegende Angehörige selbst in persona vor Ort sein muss. Damit ist hardware-gestützte Telepflege, die der Pflegebedürftige durch Zuhilfenahme von Dritten anwendet, um Pflegeleistungen ambulanter Pflegeeinrichtungen aus der Ferne zu erhalten, vom persönlichen Anwendungsbereich des § 40a Abs. 1 SGB XI umfasst.²⁹

Die Nutzung im Rahmen einer Interaktion der genannten drei Personengruppen stellt einen wesentlichen *Unterschied* zu den *digitalen Gesundheitsanwendungen* dar, deren Anwendung darauf abzielt von den Versicherten selbst genutzt zu werden.³⁰ Auch für Anbieter digitaler Pflegeanwendungen eröffnet sich ein größerer Spielraum, da diese – anders als bei digitalen Gesundheitsanwendungen – gerade nicht die Klassifizierung als Medizinprodukt i. S. d. Art. 2 Nr. 1 Medical Device Regulation (MDR) erlangen müssen, um von Versicherten als Versicherungsleistung in Anspruch genommen werden zu können.³¹

b) Pflegebedürftige in stationärer Pflege

Vom persönlichen Anwendungsbereich sind hingegen Personen in stationären Pflegeeinrichtungen nicht umfasst. Das ergibt sich *e contrario* aus dem *Wortlaut*, der ausschließlich von ambulanten Pflegeeinrichtungen spricht. Da der Leistunganspruch der Pflegebedürftigen des § 40a SGB XI im ersten Titel des dritten Abschnitts des vierten Kapitels des SGB XI geregelt ist, der unter der amtlichen Überschrift „Leistungen bei häuslicher Pflege“ steht, sprechen auch *systematische Gründe* dafür, dass der Teil der stationären Pflege ausgenommen ist.³²

Gründe für diese Unterscheidung seitens des Gesetzgebers sind nicht verständlich, da auch stationäre Pflegeeinrichtungen mit dem Pflegekräftemangel einerseits

²⁷ Zugelassene ambulante Pflegeeinrichtungen sind solche, die mit den Pflegekassen einen Versorgungsvertrag abgeschlossen haben (vgl. § 72 Abs. 1 Satz 1 SGB XI).

²⁸ Braun (Fn. 6), S. 711; Victoria Seeliger, Qualitätskriterien für Gesundheits-Apps – Eine Analyse der bisherigen Rechtslage, GuP 2022, S. 91 (93).

²⁹ Vgl. auch BT-Drs. 19/27652, S. 143; Braun (Fn. 6), S. 710.

³⁰ S. Philipp Kircher, in: Ulrich Becker/Thorsten Kingreen (Hrsg.), SGB V, 8. Aufl. 2022, § 33a Rn. 12; Braun (Fn. 6), S. 711; Dittrich (Fn. 7), S. 276.

³¹ Dazu etwa Dittrich (Fn. 7), S. 276.

³² Ebenso Braun (Fn. 6), S. 712.

und dem steigenden Pflegebedarf andererseits zu kämpfen haben.³³ Auch hier könnten DiPAs genutzt werden, um den oben skizzierten Entwicklungen entgegenzuwirken und für einen effektiveren und in der Qualität verbesserten Gesundheitsschutz in der Pflege zu sorgen.

Das gilt umso mehr, bedenkt man Folgendes: Die Leistungen der Pflegeversicherung sollen nach den Wertungen des § 2 Abs. 1 S. 1 SGB XI unterstützen, dass Pflegebedürftige trotz ihres Hilfebedarfs möglichst selbstständig und selbstbestimmt Leben können. Zum einen spricht das zwar dafür, dass im Grundsatz die häusliche Pflege der stationären Pflege vorzuziehen ist. Das ergibt sich auch aus § 3 SGB XI. Ist eine häusliche Pflege hingegen nicht möglich, werden die Betroffenen also in der stationären Pflegeeinrichtung gepflegt, bedeutet das zum anderen aber typischerweise einen viel stärkeren Eingriff in die Autonomie der Pflegebedürftigen. Sie können regelmäßig deutlich weniger selbstbestimmt agieren und ihren Alltag gestalten.

Der Leitgedanke, den Pflegebedürftigen eine größtmögliche Selbstbestimmung zu ermöglichen, ist daher nicht damit vereinbar, gerade denjenigen, die deutlich intensiver in ihrer Autonomie beeinträchtigt sind, einen Versorgungsanspruch mit DiPAs zu verwehren. Auch hier kann der Einsatz von Technologie zu mehr Selbstbestimmtheit führen, beispielsweise durch eine DiPA, die mit Hilfe von Gedächtnisübungen dementielle Entwicklungen begleitet oder die Mobilität der Pflegebedürftigen verbessert, vielleicht auch spielerisch.³⁴ Derartige Angebote gibt es natürlich auch in stationären Einrichtungen, aber dort regelmäßig im Rahmen starrer Routinen, die mit einer solchen Einrichtung typischerweise einhergehen. Mit den DiPAs würde der Pflegebedürftige wieder selbstbestimmter in seiner Zeiteinteilung sein, also weniger abhängig vom engen Korsett der Pflegeeinrichtung.

c) Unvereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG

Aufgrund des unterschiedlichen Versorgungsumfangs für ambulante und stationäre Pflegebedürftige drängt sich die Frage auf, ob die Regelung mit dem Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist.³⁵

Art. 3 Abs. 1 GG gebietet es, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Das hieraus folgende Gebot, wesentlich Gleches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln³⁶, gilt für ungleiche Belastungen und ungleiche Begünstigungen³⁷. Zunächst ist also zu fragen, was hier zu vergleichen ist: Worin besteht der im Wesentlichen gleiche Sachverhalt? Zwar kann argumentiert werden, die ambulante

³³ S. etwa *Statista* (Fn. 4).

³⁴ Beispiele nach *Dittrich* (Fn. 7), S. 277.

³⁵ Dazu auch *Braun* (Fn. 6), S. 712; *Friederike Malorny*, Hardware-gestützte Telepflege 2.0. – Einordnung als digitale Pflegeanwendung (DiPA)?, NZS 2022, S. 443 (446).

³⁶ Vgl. BVerfGE 123, 1 (19); BVerfGE 129, 49 (68); BVerfGE 145, 20 (86 f.).

³⁷ Vgl. BVerfGE 79, 1 (17); BVerfGE 126, 400 (416); BVerfGE 129, 49 (68); BVerfGE 145, 20 (86 f.).

Pflege sei ihrem Wesen nach gerade etwas anderes als die stationäre Pflege, sodass gerade nicht wesentlich Gleiches gegeben ist. Eine solche Sichtweise übersieht aber, dass der eigentlich zu vergleichende Sachverhalt doch folgende Tatsache ist: In beiden Fällen geht es um pflegebedürftige Menschen – Menschen, die ihren Alltag nicht mehr selbst bewältigen können und Hilfe benötigen, also im gewissen Maße von anderen Menschen abhängig sind. Darin liegt das verbindende Element. Das übergeordnete Ordnungselement – die Vergleichbarkeit – folgt damit aus dem Merkmal der Pflegebedürftigkeit. Und darin, dass Pflegebedürftige in der stationären Pflege – im Gegensatz zur häuslichen – keinen Versorgungsanspruch auf DiPAs haben, ist auch eine Ungleichbehandlung, eine Differenzierung i. S. d. Art. 3 Abs. 1 GG zu sehen.

Dabei verwehrt Art. 3 Abs. 1 GG dem Normgeber nicht jede Differenzierung.³⁸ Differenzierungen müssen jedoch stets durch Sachgründe gerechtfertigt sein, die dem Ziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind.³⁹ Dabei gilt ein verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, der stufenlos und am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientiert ist und dessen Inhalte und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen.⁴⁰ Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Anforderungen, die von gelockerten Bindungen des Gesetzgebers, die auf das Willkürverbot beschränkt sind, bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitsfordernissen reichen können.⁴¹ Eine strengere Bindung des Normgebers kann sich aus den jeweils betroffenen Grundrechten ergeben.⁴² Zudem verschärfen sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen, je weniger die Merkmale, an welche die gesetzliche Differenzierung anknüpft, für den Einzelnen verfügbar sind oder je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern.⁴³

Im Fall der Pflegebedürftigen ist vor allem die Menschenwürde betroffen. Nach der Objektformel soll der Mensch gerade nicht als Sache, als Nummer eines Kollektivs behandelt werden, ihm jede eigene geistig-moralische Existenz genommen werden.⁴⁴ „Menschenwürde bedeutet Selbstbestimmung auf der Grundlage des Eigenwertes jedes Menschen.“⁴⁵ Pflegebedürftige – egal in welcher Art der Pflege – sind in dieser Hinsicht besonders schutzwürdig. Ihnen die Selbstbestimmung, die Autonomie so weit wie möglich zu bewahren, sie zu stärken, ist damit letztlich Aus-

³⁸ BVerfGE 130, 240 (253).

³⁹ BVerfGE 130, 240 (253).

⁴⁰ Vgl. BVerfGE 110, 274 (291); BVerfGE 117, 1 (30); BVerfGE 123, 1 (19).

⁴¹ Vgl. BVerfGE 110, 274 (291); BVerfGE 117, 1 (30); BVerfGE 123, 1 (19).

⁴² Vgl. BVerfGE 138, 136 (180 f.); BVerfGE 145, 20 (86 f.).

⁴³ Vgl. BVerfGE 138, 136 (180 f.); BVerfGE 145, 20 (86 f.).

⁴⁴ S. nur *Christian Starck*, in: Peter Michael Huber/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundgesetz*, 8. Aufl. 2023, Art. 1 Rn. 17.

⁴⁵ Ebd., Art. 1 Rn. 11.

druck der Menschenwürdegarantie. Bedenkt man, dass die Menschenwürdegarantie nach Art. 79 Abs. 3 GG der Verfassungsänderung entzogen ist,⁴⁶ spricht bereits das für eine strenge Verhältnismäßigkeitssprüfung. Hinzu kommt, dass Pflegebedürftige das Merkmal der häuslichen oder stationären Pflege im Regelfall nicht beeinflussen können. Pflegebedürftige in stationärer Pflege können aufgrund des Grads oder der Art ihrer Pflegebedürftigkeit regelmäßig gerade nicht in der häuslichen Pflege versorgt werden. Dieses Merkmal ist für sie typischerweise also weniger verfügbar.

§ 40a SGB XI steht damit im Einklang mit Art. 3 Abs. 1 GG, wenn im Rahmen einer Gesamtabwägung ein angemessenes Verhältnis zwischen Eingriffsschwere auf der einen und dem Gewicht des kollidierenden Grundrechts auf der anderen Seite gewahrt ist,⁴⁷ wobei insgesamt ein strenger, verschärfter Maßstab anzulegen ist.

Der Menschenwürde der Pflegebedürftigen gegenüber stehen vor allem fiskalische Interessen, insbesondere die Belastung der Versichertengemeinschaft der Pflegekasse. Auch bei der Beschränkung der DiPAs auf ambulante Pflegebedürftige ist zu vermuten, dass der Gesetzgeber sich gerade vor dem Hintergrund einer möglichen finanziellen Überlastung für diese Typisierung der Leistungsempfänger entschieden hat. Bei Einführung der DiPAs schätzte er die entstehenden Ausgaben für die Versorgung von 90.000 Leistungsempfängerinnen für das Jahr 2022 auf ca. 30 Millionen Euro und nahm an, dass nach einer Einführungsphase von 4 Jahren ca. 10 % der ambulant versorgten Pflegebedürftigen DiPAs in Anspruch nehmen werden.⁴⁸ Damit ist ab 2025 eine jährliche finanzielle Belastung von ca. 130 Millionen Euro zu prognostizieren.⁴⁹ Gleichzeitig ist jedoch nicht bezifferbar, in welcher Höhe die Einführung von DiPAs an anderer Stelle zu einer Kostenreduktion führt, beispielsweise durch Förderung der Autonomie der Pflegebedürftigen, längerer häuslicher Pflege und den Wegfall von Fahrtkosten.⁵⁰

Ob dieses fiskalische Interesse geeignet ist, einen möglichen Sachgrund für die oben herausgearbeitete Differenzierung darzustellen, ist stark in Zweifel zu ziehen. Gegen die allgemeine Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung aufgrund fiskalischer Interessen spricht einerseits, dass der Gesetzgeber mit Verweis auf sein Interesse der Ausgabenreduktion jede ungleiche Leistungsgewährung begründen könnte. Ausschließlich fiskalische Rechtfertigungen sind aus diesem Grund untauglich.⁵¹ Andererseits werden jedoch (verfassungsrechtliche) Leistungsansprüche faktisch durch Ressourcenknappheit relativiert.⁵² Dies gilt insbesondere für sozialversiche-

⁴⁶ Ebd., Art. 1 Rn. 14.

⁴⁷ Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz jüngst BVerfGE 157, 30 (192).

⁴⁸ BT-Drs. 19/27652, S. 7.

⁴⁹ Ebd.

⁵⁰ Ebd.

⁵¹ Ferdinand Wollenschläger, in: Huber/Voßkuhle (Fn. 45), Art. 3 Abs. 1 Rn. 157.

⁵² Otto Depenheuer, Vorbehalt des Möglichen, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. XII: Normativität und Schutz der Verfassung, 3. Aufl. 2014, § 269 Rn. 35; im Kontext eines Grundrechts auf Ge-

rungsrechtliche Ansprüche, die beispielsweise für den Fall der gesetzlichen Rente unter einen spezifischen Möglichkeitsvorbehalt gestellt werden.⁵³ Im Sozialversicherungsrecht besitzt der Gesetzgeber daher grundsätzlich im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG einen weiten Spielraum⁵⁴, Typisierungen der Leistungsempfänger vorzunehmen, um so den personellen Anwendungsbereich zu begrenzen.⁵⁵ Diese Möglichkeit wird jedoch eingeschränkt, sofern hierdurch freiheitsrechtliche Positionen verkürzt werden.⁵⁶

Einfachgesetzlich wird das Knappheitsproblem u.a. durch das Wirtschaftlichkeitsgebot gem. § 12 Abs. 1 SGB V in der gesetzlichen Krankenversicherung adressiert und findet seine Ausgestaltung für die Pflegeversicherung in § 29 SGB XI.⁵⁷ Wichtig ist hierbei allerdings, dass – während für die gesetzliche Krankenversicherung gem. § 12 Abs. 1 S. 1 SGB V die Leistungen „ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich“ sein müssen – das Kriterium der Bedarfsdeckung („ausreichend“) keine Entsprechung in § 29 SGB XI findet, wodurch der Leistungsumfang begrenzt wird und maßgeblich die Erhaltung der Leistungsfähigkeit der Pflegekassen garantiert werden soll.⁵⁸

Einer möglichen Beschränkung durch fiskalische Interessen steht – wie oben bereits herausgearbeitet – die Selbstbestimmung der Pflegebedürftigen auf Grundlage des Eigenwertes jedes Menschen gegenüber, welche direkt aus dem grundrechtlich garantierten Schutz der Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 GG folgt⁵⁹: Pflegebedürftige, unabhängig ob in ambulanter oder stationärer Pflege, sind besonders schutzwürdig. Ihre Selbstbestimmung und Autonomie so weit wie möglich zu bewahren, ist letztlich Ausdruck der Menschenwürdegarantie.

Das gilt für die stationäre Pflege sogar erst recht: Zwar ist mit § 3 SGB XI einfachgesetzlich der Vorrang der häuslichen Pflege vor der stationären normiert, „damit die Pflegebedürftigen möglichst lange in ihrer häuslichen Umgebung bleiben können“ (§ 3 S. 1 SGB XI). Diese Regelung ist jedoch ebenfalls Ausdruck der Men-

sundheit: *Lino Munaretto*, Vorbehalt des Möglichen, 2022, S. 365 f., s. auch S. 432: „(Öffentliche Gesundheitssysteme) sind immer auch Resultat einer anspruchsvollen Kompromissfindung“.

⁵³ Ebd., § 269 Rn. 53.

⁵⁴ BVerfGE 113, 167 (215).

⁵⁵ Siehe hierzu im Ganzen: *Bodo Pieroth*, in: Hans Jarass/ders. (Begr.), Grundgesetz, 17. Aufl. 2022, Art. 3 Abs. 1 Rn. 70.

⁵⁶ BVerfGE 89, 365 (376).

⁵⁷ *Martin Ebach*, in: Josef Berchtold/Stefan Huster/Martin Rehborn (Hrsg.), Gesundheitsrecht, 2. Aufl. 2018, § 29 SGB XI Rn. 6.

⁵⁸ Ebd., § 29 SGB XI Rn. 2; *Gerhard Dalichau*, SGB XI, Sozialgesetzbuch XI, Soziale Pflegeversicherung, 2. Aufl. 2018, § 29 SGB XI Rn. 22.

⁵⁹ In diesem Zusammenhang *Bernd Schlüter*, Grundrechtsbeschränkungen für Pflegebedürftige?, ZRP 2004, S. 75 (77): „Die Freiheitsgrundrechte konstituieren i.V. mit Art. 1 GG einen Anspruch auf menschenwürdige Pflege als erforderlichen Leistungsinhalt und werden durch die Gesetze konkretisiert“.

schenwürdegarantie: Es sind zunächst alle Möglichkeiten der häuslichen Pflege auszuschöpfen, bevor zum Mittel der stärker eingreifenden stationären Pflege gegriffen wird.

Der Grund ist klar: Pflegebedürftige in stationärer Pflege werden stärker in ihrer Autonomie eingeschränkt. Sie sind also gerade schutzwürdiger. Damit ihre Selbstbestimmung so weit wie möglich aufrechterhalten bleiben kann, müssen daher erst recht alle Möglichkeiten ausgeschöpft werden, die dazu beitragen. Dazu aber zählt gerade auch die Versorgung mit DiPAs: Auch hier können sie eingesetzt werden, damit Pflegebedürftige eigenständiger agieren können – in körperlicher und mentaler Hinsicht⁶⁰ – oder den Fachkräftemangel (jedenfalls in gewisser Weise) zu kompensieren, sodass möglicherweise eine (etwas) intensivere, qualitativ hochwertigere Pflege möglich ist.

Die hohe Bedeutung der durch die Differenzierung betroffenen Menschenwürde einerseits und die typischerweise schwierige Verfügbarkeit des Differenzierungsmerkmals der häuslichen Pflege andererseits führt zu derart strengen Anforderungen an einen tauglichen Sachgrund, dass allein das fiskalische Interesse der Versichertengemeinschaft nicht gewichtig genug ist, um die skizzierte Differenzierung zu rechtfertigen. Das gilt umso mehr, bedenkt man, dass noch gar nicht bezifferbar ist, in welchem Ausmaß Kosten im Gegenzug reduziert werden, indem DiPAs eingesetzt werden.

d) Zwischenergebnis

Es liegt eine nicht verfassungsrechtlich zu rechtfertigende Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichen vor, sodass § 40a SGB XI gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt und die Versorgungsleistung mit DiPAs auf die Pflegebedürftigen in stationärer Pflege zu erstrecken ist.

3. Kein Ausschluss nach § 40a Abs. 1 SGB XI

Nach § 40a Abs. 1 SGB XI sollen die Pflegekassen gegenüber anderen Leistungsträgern nur subsidiär zur Leistung verpflichtet werden. Demnach entfällt ein Anspruch, sofern wegen Krankheit oder Behinderung eine Leistung durch die Krankenversicherung oder anderen zuständigen Leistungsträgern vorrangig ist.

V. Höhenmäßige Anspruchsbegrenzung nach § 40b S. 1 SGB XI

Der Anspruch auf ergänzende Unterstützungsleistung nach § 39a SGB XI sowie auf Versorgung mit digitalen Pflegeanwendungen nach § 40a SGB XI ist gem. § 40b

⁶⁰ S. dazu auch *Dittrich* (Fn. 7), S. 277.

S. 1 SGB XI auf *50 Euro im Monat* begrenzt. Die konkrete Aufteilung zwischen beiden Leistungsansprüchen obliegt dem Spitzenverband Bund der Pflegekassen, nach Anhörung der Vereinigungen der Träger der Pflegeeinrichtungen auf Bundesebene und der maßgeblichen Spitzenorganisationen der Hersteller von digitalen Pflegeanwendungen innerhalb von drei Monaten nach Aufnahme der jeweiligen digitalen Pflegeanwendung in das DiPA-Verzeichnis (§§ 40b S. 2, 78a Abs. 1 S. 5 SGB XI).⁶¹

Ob dieser festgelegte Höchstbetrag von monatlich 50 Euro ausreichend ist, um eine umfassende pflegerische Unterstützungsleistung anzubieten, die zugleich hohe Anforderungen an Qualität und Sicherheit erfüllt, ist zweifelhaft.⁶² Das zeigt insbesondere der Vergleich mit den DiGAs, für dessen Gebrauch Krankenkassen beispielsweise bei einer Nutzung von 90 Tagen bis zu 600 Euro erstatten.⁶³ In diesem Punkt hat sich der Gesetzgeber gegen eine Anpassung der Pflegebranche an den Medizinsektor entschieden.⁶⁴

VI. Fazit

Die Einführung der DiPA ist ein guter erster Baustein, um die Pflege digitaler zu gestalten und Chancen sowohl für Pflegende als auch Pflegebedürftige zu nutzen. Der Gesetzgeber hat diese Möglichkeiten durch die Regelungen gesehen, jedoch fehlt der Neuregelung ein wesentliches Element: Der Gleichheitssatz fordert eine Ausweitung des Anwendungsbereichs auch auf die stationäre Pflege. De lege ferenda wäre außerdem eine höhere Erstattungssumme wünschenswert, um größere technologische Gesamtlösungen nicht von vornherein unwirtschaftlich zu machen, sondern – im Gegenteil – Anreize zu setzen. Ziel muss es sein, dem Anspruch auf eine möglichst selbstständige und selbstbestimmte Lebensführung von pflegebedürftigen Personen durch DiPAs zur Geltung zu verhelfen, ohne zu hohe Markteintrittsbarrieren für ihre Anbieter zu schaffen. Gerade hinsichtlich der steigenden Zahlen an Pflegebedürftigen bei gleichzeitig sinkenden Zahlen an Pflegekräften wäre es verheerend, die Chancen der Digitalisierung ungenutzt zu lassen.

⁶¹ Braun (Fn. 6), S. 712.

⁶² Kritisch mit Blick auf die Beschränkung äußerte sich etwa der Spitzenverband Digitale Gesundheitsversorgung: [https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/121404/Vorgaben-für-digitale-Pflegeanwendungen-in-der-Kritik](https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/121404/Vorgaben-fuer-digitale-Pflegeanwendungen-in-der-Kritik) [Abruf: 4. 10. 2023].

⁶³ Stefanie Stoff-Ahnis, Digitale Gesundheitsanwendungen – Das erste Jahr aus Sicht der Gesetzlichen Krankenversicherung, MedR 2022, S. 285 (286).

⁶⁴ Dieser fehlenden Anpassung beider Branchen kritisch gegenüberstehend: Dietmar Wolff, Das Digitale Versorgung und Pflege-Modernisierungs-Gesetz, Chancen und Risiken für die Pflege, https://www.finsoz.de/sites/default/files/pressemeldungen/ck_482020_dw_s4_einzel.pdf [Abruf: 4. 10. 2023].

Literatur

- Basche, Jan:* Die Zukunft der Pflege, RDG 2020, S. 66.
- Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten (Hrsg.):* SGB V – Gesetzliche Krankenversicherung Kommentar, 8. Auflage, München 2022.
- Berchtold, Josef/Huster, Stefan/Rehborn, Martin (Hrsg.):* Gesundheitsrecht, 2. Auflage, München 2018.
- Braun, Julian:* Digitale Pflegeanwendungen in der gesetzlichen Pflegeversorgung, NZS 2021, S. 710.
- Dalichau, Gerhard:* SGB XI, Sozialgesetzbuch XI, Soziale Pflegeversicherung, 2. Auflage, München 2018.
- Ditttrich, Tilman:* Digitalisierung in ambulanter und stationärer Pflege – Digitale Gesundheitsanwendungen und Pflegeanwendungen (Teil 1), SRa 2021, S. 275.
- Ditttrich, Tilman/Dochow, Carsten:* Digitalisierung in ambulanter und stationärer Pflege – Telematikinfrastruktur und Telepflege (Teil 2), SRa 2022, S. 49.
- Huber, Peter Michael/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.):* Grundgesetz Kommentar, 8. Auflage, München 2023.
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.):* Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. XII, 3. Auflage 2014.
- Jarass, Hans/Pieroth, Bodo (Begr.):* Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 17. Auflage, München 2022.
- Körner, Anne et al. (Hrsg.):* Kasseler Kommentar SGB V, 121. Auflage, München 2023.
- Malorny, Friederike:* Hardware-gestützte Telepflege 2.0 – Einordnung als digitale Pflegeanwendung (DiPA)?, NZS 2022, S. 443.
- Munaretto, Lino:* Der Vorbehalt des Möglichen – Öffentliches Recht in begrenzten Möglichkeitsräumen, Tübingen 2022.
- Schlüter, Bernd:* Grundrechtsbeschränkungen für Pflegebedürftige?, ZRP 2004, S. 75.
- Seeliger, Victoria:* Qualitätskriterien für Gesundheits-Apps – Eine Analyse der bisherigen Rechtslage, GuP 2022, S. 91.
- Spickhoff, Andreas (Hrsg.):* Medizinrecht, 4. Auflage, München 2022.
- Stoff-Ahnis, Stefanie:* Digitale Gesundheitsanwendungen – Das erste Jahr aus Sicht der gesetzlichen Krankenversicherung, MedR 2022, S. 285.